

Programas de Integridad - Guía Técnica aprobada por la Oficina Anticorrupción

En el marco de las facultades otorgadas por el Decreto 277/18 la Oficina Anticorrupción (OA) aprobó mediante Resolución 27/2018 (publicada en el Boletín Oficial de la Nación con fecha 04/10/2018) los “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” (“Lineamientos”) con el objetivo de “brindar una guía técnica a las personas jurídicas, agencias estatales, operadores del sistema de justicia y la comunidad profesional experta”.

La Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (“Ley”) contempla la implementación de programas de integridad orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades o delitos que pudieran ocurrir o cometerse en el marco de la gestión de sus negocios. Si bien la adopción de los programas de integridad no es obligatoria resulta de importancia crítica para las empresas en tanto (i) es uno de los requisitos indispensables para que, en caso de incurrir en alguno de los delitos previstos en la Ley, la persona jurídica pueda mitigar su responsabilidad y, sumado a la denuncia espontánea y devolución del beneficio obtenido, eximirse de la pena; (ii) es condición necesaria contar con un programa de integridad *adecuado* para que la persona jurídica pueda ser oferente en ciertas contrataciones con el Estado Nacional; y (iii) su cumplimiento es tenido en cuenta como uno de los parámetros para la graduación de la pena, de modo tal que si la persona jurídica no cuenta con un programa, tal circunstancia puede determinar penas más elevadas.

1. Adecuación del Programa. Lineamientos de diseño e implementación.

Tanto la Ley como los Lineamientos otorgan a la persona jurídica flexibilidad para adoptar, desarrollar e implementar un programa de integridad a la medida de sus necesidades, con la única condición de que el mismo resulte *adecuado*.

Si bien el artículo 23 de la Ley enumera los elementos que el programa de integridad puede contener, aclarando cuáles son los tres elementos obligatorios -que desarrollaremos debajo- para las empresas que decidan adoptarlo, es la misma Ley, y ahora los Lineamientos, los que establecen que la adecuación o no de un programa de integridad estará dada en virtud de los siguientes tres criterios: *riesgo* de la actividad, *dimensión* de la compañía y *capacidad económica* de la persona jurídica.

Los Lineamientos prevén algunos ejemplos de indicadores de riesgos, no obstante, cada persona jurídica debe evaluar cuáles son los *riesgos* asociados a su actividad analizando, por ejemplo, las jurisdicciones -local o global- donde opera, la interacción -directa o indirecta a través de terceros que actúen en su representación- con funcionarios públicos, operaciones a través de intermediarios comerciales, etc. Las exigencias del programa de integridad deberán guardar relación, graduarse y ser razonables según la dimensión de la persona jurídica, por lo que no podrían ser iguales para una fundación, una PYME o una multinacional. Es esperable que vinculado a la dimensión de la persona jurídica a mayor su capacidad económica, mayores los recursos que la misma debiera invertir en la evaluación, desarrollo, implementación, control y capacitación de sus recursos internos y externos (terceros).

A lo largo de 70 páginas, los Lineamientos proporcionan orientación y pautas tanto al sector privado -para el desarrollo y la adopción de un programa de integridad- como al sector público -autoridades y agencias gubernamentales- que evaluarán la adecuación de los programas de integridad en los términos de la Ley.

Los Lineamientos ponen énfasis en la importancia de evaluar, diseñar e implementar un programa de integridad cuyos componentes sean razonables en base a las características propias de cada organización y el sector en el que opera, teniendo presente al momento de la selección y diseño la necesidad futura de tener que explicar a las autoridades su porqué y su razonabilidad, lo cual será fundamental para explicar porque el programa de integridad adoptado resulta *adecuado* para la persona jurídica.

En el diseño e implementación del programa se sugiere tener en cuenta los siguientes pasos:

- ✓ Compromiso de la alta Dirección: tolerancia cero con la corrupción e implementación de un programa
- ✓ Evaluación de riesgos
- ✓ Definición de objetivos y plan del programa
- ✓ Implementación en acciones concretas
- ✓ Medición y mejoras periódicas
- ✓ Comunicación a todos los niveles de la organización y a terceros

2. Elementos del programa de integridad.

Si bien la Ley sólo establece como obligatorios los primeros tres elementos que desarrollaremos, es pacífico el criterio que la incorporación de los restantes elementos, tienden a asegurar la adecuación del programa, dependiendo ello nuevamente de los riesgos de la actividad, dimensión y capacidad económica de la persona jurídica.

2.1 Código de ética y políticas y procedimientos de integridad.

La adopción de un código de ética o conducta resulta esencial en el marco de la implementación de un programa de integridad. Es fundamental que los valores y principios que la persona jurídica adopte constituyan una orientación clara para todos los miembros de la persona jurídica -y terceros con los que se vincula- respecto a qué temperamento adoptar y qué comportamiento seguir frente a conductas potencialmente constitutivas de los delitos previstos en el Artículo 1 de la Ley¹. Debe surgir con claridad las prohibiciones y sanciones en caso de incumplimiento. Tampoco tiene que limitarse a contemplar los riesgos asociados a los delitos de la Ley, sino que será decisión de cada organización incluir otros principios claros ante otro tipo de riesgos (por ejemplo, fraude interno, daños al medio ambiente, discriminación, etc.). Se recomienda que sea aprobado por el órgano directivo de la persona jurídica. En organizaciones que operan en contextos multiculturales, la adaptación del Código a las particularidades de cada caso puede ser preferible frente al empleo de un único código corporativo. Los Lineamientos señalan, que el código o las políticas y procedimientos deben ser obligatorios para los miembros de todos los niveles de la organización y que deben ser correctamente difundidos por un medio fehaciente a toda la organización.

2.2 Integridad en procedimientos licitatorios y otras interacciones con el sector público.

Cada persona jurídica debe identificar y priorizar las áreas de riesgos en base a los niveles de interacción de sus integrantes -o terceros con los cuales se vincula- con el sector público. Las reglas y procedimientos -sea en el propio código o en políticas *ad hoc*- deben cubrir toda interacción relevante con los integrantes del sector público, con especial atención en las de carácter riesgoso, incluyendo la tramitación de habilitaciones y permisos, la actividad recaudadora, las inspecciones y actividad de superintendencia y la interacción en el marco de una actividad regulada. Es esperable que las reglas incluyan una definición amplia de “funcionario público”, expresión clara de tolerancia cero al soborno o pagos indebidos, clara vocación de que ningún acto realizado en nombre de la persona jurídica busque influir indebidamente sobre un funcionario, expresa prohibición de la búsqueda o aprovechamiento de información confidencial, desincentivos a toda participación y colaboración en actos fraudulentos por funcionarios, regulación clara de prohibiciones y excepciones de obsequios a funcionarios públicos, prohibición de aportes de campaña en nombre de la persona jurídica, entre otras. En organizaciones con riesgos medios a altos puede ser deseable que las políticas vayan acompañadas de una comunicación y capacitación personalizada y más intensiva a los integrantes de las áreas internas y terceros que interactúen de manera directa con funcionarios públicos.

¹ *Chequeo nacional y transnacional; tráfico de influencias nacional y transnacional; negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas; concusión (impone responsabilidad a un funcionario público que actúa sobre un interés personal, ya sea directa o indirectamente, en cualquier contrato o transacción en el cual el funcionario público está involucrado en virtud de su posición); exacciones ilegales, que imponen responsabilidad a un funcionario público que usa o aplica para su propio beneficio o de terceros fondos obtenidos ilegalmente; enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos; y Balances e informes falsos agravados, imponiendo responsabilidad por inexactitud o falsificación de libros y registros e información contable por un fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una persona jurídica con la intención de ocultar la comisión de delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional.*

2.3 Capacitaciones periódicas.

Los Lineamientos consideran como elemento obligatorio las capacitaciones a directores, administradores y empleados de la persona jurídica. Es una herramienta esencial para la transferencia de conocimientos sobre los elementos del programa de integridad y el proceso de formación de conciencia sobre los riesgos de corrupción. Las capacitaciones deben estar focalizadas en valores y asegurar su efectiva comprensión e internalización de los estándares y reglas aplicables. Deben, además, ser brindadas a los empleados de todos los niveles de la organización y deben ser diseñadas e implementadas en base a una priorización por riesgo. Esto último implica que la capacitación debiera dictarse antes o con mayor frecuencia a aquellos que con mayor probabilidad puedan enfrentar casos de corrupción en el desempeño de sus tareas cotidianas (por ejemplo, áreas de ventas, financieras, contrataciones de gestores, intermediarios, etc.), apuntando siempre a la instalación de una cultura organizacional comprometida con el cumplimiento de las leyes.

Con relación a la capacitación de terceros (proveedores, socios comerciales, etc.), si el programa es obligatorio para ellos será recomendable y deberá emplearse también aquí el criterio de riesgo antes mencionado.

2.4 Canales internos de denuncia. Protección a los denunciantes.

Aunque no se trata de un elemento obligatorio, los Lineamientos establecen que para que el programa sea efectivo y tenga credibilidad es imprescindible que las conductas contrarias a las reglas de ética sean detectadas y la persona jurídica reaccione firmemente frente a ellas. Con ese fin resulta conveniente que el código de ética prevea un canal interno de denuncias abierto a todos los empleados y terceros, en forma alternativa y complementaria a los canales usuales de comunicación interna. En caso de implementar una línea de denuncias, deviene obligatorio establecer reglas de confidencialidad apropiadas para proteger la identidad de los denunciantes (inclusive previendo la opción de denuncia anónima) y evitar cualquier represalia a denuncias realizadas de buena fe.

Los canales pueden ser internos o de gestión tercerizada. El canal de denuncia puede ser una línea telefónica, un formulario web, un correo electrónico, etc. Cualquiera sea la opción elegida o todas en conjunto, es fundamental que el canal sea seguro. Se recomienda exista un procedimiento para la gestión del canal de denuncia, desde la recepción, manejo, tratamiento de las denuncias e investigación interna.

2.5 Investigación interna.

Los Lineamientos describen a las investigaciones internas como un elemento central para sustentar la aplicación fundada de medidas disciplinarias, penales o civiles, señalándose que, en todos los casos, las investigaciones deben respetar los derechos de los trabajadores, evitando afectar su intimidad, privacidad y dignidad. Es importante que las acciones de investigación interna respondan a un previo protocolo interno escrito, aprobado por el órgano de administración, respetuoso de los límites antedichos, previamente comunicado y, de ser posible, acordado con los destinatarios en los aspectos pertinentes (en un acuerdo documentado por escrito).

2.6 Procesos de verificación (“due diligence”) de terceros.

Los procesos de verificación (*due diligence*) de terceros serán un componente crítico de cualquier programa de integridad que adopte la persona jurídica. Las personas jurídicas son responsables por los delitos contra la administración pública y el cohecho transnacional cometidos directamente por las personas físicas (sus directores, funcionarios y empleados) actuando en su nombre, interés o representación en el ámbito de su empleo o funciones jerárquicas (doctrina de responsabilidad vicarial) y también por los delitos cometidos indirectamente por terceros (ya sean personas naturales o jurídicas) que tienen una relación contractual o comercial con la persona jurídica y han actuado en nombre, interés o representación de la misma. Los Lineamientos mencionan como ejemplos de terceros a controlar, entre otros, a los socios en UTE, distribuidores, agentes, representantes comerciales, contratistas, proveedores, despachantes de aduana, etc.

La implementación de políticas específicas que permitan conocer (por ejemplo, su reputación, trayectoria, vínculos con sector público, potenciales conflictos de interés, etc.) a las contrapartes con las que la persona jurídica opera y asegurar una adecuada comprensión de los riesgos que implica la

relación, resulta esencial. Asimismo, las políticas deben contemplar la transmisión adecuada a los terceros de los estándares de integridad, a fin de exigir su cumplimiento y controlar su actuación. Será adecuada una política de revisión y examen de terceros que sirva verdaderamente para demostrar que la persona jurídica obró diligentemente, cubriendo y analizando todas las señales de alerta y buscando en todas sus transacciones que sus partes relacionadas se comporten de manera íntegra en cumplimiento de la ley.

2.7 Procesos de verificación (“due diligence”) en procesos de reorganización societaria.

La Ley establece que, en caso de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra reestructuración societaria, la responsabilidad de la persona jurídica se transferirá a la persona jurídica sobreviviente. En consecuencia, los procesos de verificación o *due diligence* realizados en el contexto de las transacciones previas a la fusión y adquisición, que pueden resultar en responsabilidad sucesiva, serán un factor de mitigación de la responsabilidad de la entidad adquirente.

2.8 Responsable interno.

La designación de una persona responsable del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad resulta importante en organizaciones de grandes dimensiones, pudiendo dicha función acumularse con otras responsabilidades en estructuras de menor dimensión. Dentro de sus actividades específicas se encuentran, entre otras, el diseño y puesta en marcha de políticas y procedimientos de integridad, la gestión del sistema de denuncias, la supervisión de la adecuación del programa, el asesoramiento y resolución de dilemas éticos, el liderazgo en investigaciones internas y diseño de capacitaciones. Es importante que la organización que designa un responsable asiente por escrito y con claridad en su contrato, en su descripción de puesto o donde corresponda, las funciones que encomienda a aquel o aquellos llamados a ejercer dicha función.

2.9 Análisis periódico de riesgos - Monitoreo y evaluación continua de la efectividad del Programa.

Los Lineamientos identifican el análisis de riesgos como un elemento central asociado a la eficiencia del programa de integridad. Las pautas y criterios para la realización del análisis deberían fijarse por escrito, detallando la periodicidad con la que se realizará e identificando a los responsables de llevarlo a cabo. Asimismo, es necesario que el análisis periódico cuente con el apoyo y compromiso de la alta dirección y que ésta sea informada sobre los resultados del proceso.

Conforme las premisas de los Lineamientos, el programa de integridad debe ser entendido como un proceso continuo de aprendizaje, adaptación y mejora. En tal sentido, deben llevarse a cabo revisiones periódicas que permitan verificar que el mismo aborda de manera suficiente los riesgos a los que está expuesta la persona jurídica y que la aplicación de las políticas y los procedimientos en la cotidianeidad revelan resultados positivos.

Nuestro Estudio cuenta con amplia experiencia en la implementación de programas de integridad para empresas locales y multinacionales así como en la redacción de políticas corporativas, entrenamiento de personal, actividades de monitoreo y control y cuenta con un equipo de profesionales especialmente dedicados a cuestiones vinculadas con cumplimiento normativo y políticas anti-corrupción. Se dedica a la elaboración de medidas y procedimientos para prevenir, detectar y combatir el fraude, conducta ética, y otras violaciones de las leyes y reglamentos que rigen la actividad empresarial.

Nuestros profesionales también realizan “due diligence” relativo al cumplimiento normativo y asisten a clientes en investigaciones corporativas internas y externas en diferentes áreas de negocio. El estudio ha realizado o participado en investigaciones independientes que involucran, entre otros, uso de información privilegiada, fraude corporativo e impositivo, lavado de dinero, defensa de la competencia, corrupción a funcionarios públicos y asuntos relativos a contrataciones del Estado. El estudio también asiste a sus clientes en la evaluación y manejo de auto-denuncias, investigaciones o procedimientos administrativos, civiles y penales ante organismos públicos, así como también en la elaboración y aplicación de políticas contra la corrupción, planes de cumplimiento normativo y programas de capacitación.

Lo invitamos a contactarnos ante cualquier inquietud.

Cristian Mitrani cristian.mitrani@mclex.com	Mariela Melhem mariela.melhem@mclex.com	María Paula Díaz maria.paula.diaz@mclex.com
---	---	---